

【法学部教授退任記念講演（2024年1月23日 於専修大学神田キャンパス  
1号館8階8A会議室（対面開催））】

## 専修大学での6年間の研究・教育生活を振り返る

中島 弘雅

### 【司会者あいさつ】

これより、今年3月末にご定年、そして退職を迎えられます中島弘雅先生を囲む会を始めさせていただきたいと存じます。

本日は、これまでの中島先生の研究、教育をはじめとして、多方面のご活躍についてお話を伺えるとありまして、多くの先生方が本日の開催をとっても楽しみにされていたと存じます。このような貴重な機会を設けていただきましたことにつきまして、法学研究所所長の榎先生、そして今村法律研究室室長の岡田好史先生、その他、本会開催にお力添えいただいた諸先生方に、心より御礼申し上げます。

本日の会次第、そしてご報告資料につきましては、机上に配布しておりますお手元の用紙をご覧くださいと存じます。

それでは、これより中島弘雅先生のご紹介をさせていただきます。中島弘雅先生は、兵庫県旧城崎郡にお生まれになられまして、東北大学を卒業され、東北大学の法学研究科修士課程を修了、その後、小樽商科大学の商学部や筑波大学の社会科学系助教授、東京都立大法学部教授、慶應義塾大学大学院法務研究科、法科大学院でありますけれども、教授を経まして、2018年4月より、本学法学部教授として着任されました。同年より、慶應義塾大学名誉教授でもございます。

ご専門は、民事訴訟法、倒産法、民事執行法、民事保全法と、民事手続法全般でございます。主たる著書として『倒産法体系』や『民事訴訟法入門』、『体系倒産法』、『民事執行・民事保全法』、『現代倒産手続法』など、多数ございます。

本学教授として着任されるまでの研究の歩み、会社関係訴訟の研究や倒産手続等のスキームに関する研究の軌跡につきましては、本学の法学研究所の所報58号に掲載されておりますので、ぜひそちらもご参照いただけますと幸いです。

それでは、そろそろ中島先生にご報告をお願いしたいと存じます。本日は、「専修大学での6年間の研究・教育生活を振り返る」と題しまして、本学着任から現在に至るまでの6年間、研究、そして教育の軌跡についてお話しさせていただきたいと存じます。それでは、中島先生、よろしくお願い申し上げます。

## 【講 演】

### I はじめに

中島です。どうかよろしくお願ひいたします。今、ご紹介いただきましたように、慶應義塾大学法科大学院を辞める際に、それまで私が何を研究してきたのかという点について、本学の法学研究所の所報58号掲載の「新所員研究紹介」欄に記事を書かせていただきました。そこで、本日は、所報58号に書かれてない、私が、その後専修大学在職中にどのような研究を行ってきたのかという点を中心にお話しさせていただきたいと思ひます。

ところで、今お話しした法学研究所の所報58号掲載の記事の最後に、私が専修大学在職中にやるべき宿題として、それまでに公表してきた私自身の諸論文を体系的に整理して、何冊かの研究書にまとめ、逐次刊行していくことが、これから本学で定年を迎えるまでの私のやるべき仕事であると書いています。しかし、私は、実は、本学在職中に、結局、1冊も単著の研究書を刊行できませんでした。

なぜ出せなかったのか。この間、サボっていたわけではないのですが、要するに、本日この後にお話しするような仕事を次から次に片付けていたら、自分の過去の業績を整理して研究書をまとめるというような作業が全くできなかったということに尽きます。本日は、この間に、私がどのような仕事で時間を取られたのかということをお話しさせていただきたいと思ひます。

## Ⅱ 中島弘雅ほか編集代表『民法と倒産法の交錯： 債権法改正の及ぼす影響』の刊行

1つ目は、昨(2023)年10月に商事法務から刊行された、私が編集代表者の1人になっている『民法と倒産法の交錯：債権法改正の及ぼす影響』という書籍に関する仕事です。この仕事にこの4～5年、とても多くの時間を取られました。私は、かねてより、有斐閣との間で、『倒産法講義』ないし『倒産法概説』というタイトルの本を書いてほしいという依頼を受けていて、本学に移籍してきた2018(平成30)年春の段階で、それまで慶應義塾大学法科大学院で使ってきた倒産法の講義案や、実務家と共同でやってきた講義資料などを基に、その原稿をほぼ完成させていました。

ところが、先生方もご存じのとおり、2017(平成29)年5月に民法(債権関係)の改正法が成立しました。倒産法というのは、大きく手続法と実体法からなりますが、倒産実体法の部分は、平時実体法である民法の影響をもろに受けるため、債権法改正が、倒産法の解釈にどのような影響を及ぼすのかという点をきちんと理解した上で、体系書の前稿を書き上げないといけません。そこで、平成29年改正民法の成立を受けて、体系書の前稿の改訂作業を始めたのですが、あまりにも検討すべき箇所が多く、正直なところ困っていました。

しかし、ちょうどその頃に、慶應義塾大学法科大学院の実務家教員で倒産法の講義を共同で担当してきた弁護士の岡伸浩教授が、第一東京弁護士会で「債権法改正と倒産法の諸問題」と題する講演を行った際の講演レジュメを私に見せて下さったのがきっかけとなり、そこにもうお一人、私の敬愛する、慶應義塾大学法科大学院で民法を担当されている片山直也教授にも加わっていただき3人で相談した結果、翌2019(令和元)年4月からの平成29年改正民法の施行を前に、一方で、改正民法が倒産法の解釈や実務にいかなる影響を及ぼすのか、また他方で、倒産法の考え方が改正民法の解釈にどのような場面で参照されるのか、という点について、実は研究者も実務家も十分な検討ができていないのではないかと、という点で3人の意見が一致しました。そこで、民法学と倒産法学の交錯という観点から考察を加え、理論と実務の指針を世に提示することを目指した研究書『民法と倒産法の交錯：債権法改正の及ぼす影響』を刊行することの必要性・重要性について3人の間で認識を共有することができました。また、その書籍について商事法務から出版の了解も得られました。

もっとも、かかる企画の実現のためには、本書で取り上げるべき項目、さらには当該項目において取り上げるべき論点等を洗い出すという困難な作業が必要となります。そこで、我々3名とともに、そうした作業に従事して下さる編集委員として、私どもがこれまでから学問的交流があり、かつ、本書のテーマに造詣の深い、東京在住の先生方に協力をお願いすることになりました。具体的には、早稲田大学の白石大教授、慶應義塾大学の高田賢治教授、法政大学の杉本和士教授、それから立教大学の藤澤治奈教授という4人の若手の教授です。

その後、わが国における新型コロナウイルス感染症の拡大に伴い、本書の編集会議は、途中からonlineで開催されることになりましたが、都合6回に及ぶ編集会議を経て、本書の内容が次第に固まっていきました。その上で、編集者7名全員で本書の各項目(全部で約30項目)の執筆者を選定する作業を行いました。選定に当たっては、研究者・実務家の別なく、また、出身大学も問わず、当該テーマの執筆に最もふさわしい方を選ぶということにしました。そして、以上の作業を経て、2021(令和3)年12月に、本書の各項目の執筆予定者、約30名に、本書刊行のための『民法と倒産法の交錯』研究会への参加要請と、本書所収の各項目についての論文の執筆依頼を行いました。これが約2年前です。

『民法と倒産法の交錯』研究会では、各項目の担当者(執筆者)に、論文の内容がある程度固まったところで、online方式で研究報告をしてもらい、研究会における議論を踏まえて、各自の原稿を確定していただくという方法で、執筆をお願いしました。書籍によっては、執筆者に丸投げするというやり方もありますが、それだと、編集者の意図とは異なる内容の原稿が出てくるおそれがあります。そこで本書では、執筆者には必ず研究報告をしてもらった上で原稿を確定してもらうというやり方を取ることになりました。研究会の開催回数は、ちょうど2年前の2022(令和4)年1月の第1回を皮切りに、1年と少しの間に都合22回に及びました。このようにして各執筆者が完成させた28本の論文を一書に収めたのが、中島弘雅=片山直也=岡伸浩編集代表『民法と倒産法の交錯：債権法改正の及ぼす影響』(商事法務)です。730頁あります。

本書の刊行日を、昨(2023)年10月に慶應義塾大学で開催される日本私法学会に間に合わせるという方針をとったため、執筆予定者の中には、やむを得ないご事情によりご寄稿を断念された先生方も何人いらっしゃいます。その点はとても残念ですが、ただ、今改めて本書を読んでもみると、私が単著の研究書を1冊出すよりは、日本の法学会にとっては意義のある仕事ができただのではないかと自分では思っています。もち

ろん私自身も、この書物のために「敷金返還請求権と倒産法——破産手続と民事再生手続を中心に」という論文を書きました。これも改正民法と倒産法がもろに絡むテーマです。

### Ⅲ 令和元(2019)年改正民事執行法の研究

次に、私が研究時間を比較的取られた仕事として、今お話しした、改正民法と倒産法の交錯より少し前から手掛けていた民事執行法に関する研究があります。これは、民事手続法の研究者の1人として、令和元(2019)年に成立した改正民事執行法に関して、立案段階から成立に至るまでの法改正の動向をフォローするとともに、改正法の成立と同時に、改正民事執行法に関する研究書を刊行しようという共同研究に従事していたことに伴うものです。

民事執行法は、1979(昭和54)年に成立した比較的新しい法律ですが(昭和55年10月1日施行)、施行後、何度も法改正が繰り返されてきました。それは、主に不動産競売における「執行妨害」に対処する必要があったからです。

最初に改正されたのは1996(平成8)年です。これは、いわゆる「住専国会」において、住専(住宅金融専門会社)の破綻処理の一環として、金融機関による債権回収を容易にするため、不動産競売における「執行妨害」対策の強化を目的として行われた法改正です。また、1998(平成10)年には、不良債権を多く抱えた金融機関の経営不安の懸念が日本で深刻化したことを受け、金融機関の再生と早期健全化を目指して、いわゆる金融再生関連法が相次いで制定されましたが、その一環として、金融機関が債権回収をよりスムーズに行うことができるようにするための改正が、民事執行法でも行われました。そして、さらに民事執行法に関しては、2003(平成15)年および2004(平成16)年にも、社会経済情勢の変化への対応と権利実現の実効性の向上という観点から極めて大きな法改正が行われました。

しかし、その後も、民事執行制度をめぐっては、様々な問題点が指摘されてきたことから、民事執行手続のさらなる改善に向けて、民事執行法の改正が強く求められていました。その要望に応える形で成立したのが、2019(令和元)年改正民事執行法です。

令和元年改正民事執行法は、民事執行制度をめぐり最近の問題状況に鑑み、①債務者の財産状況の調査制度の実効性を向上させるため、従来の財産開示制度の見直しを図るとともに、新たに、第三者から債務者財産に関する情報を取得する制度を創設し

ました。また、②現在、官民挙げて取り組まれている、いわゆる「反社規制」の一環として、不動産競売における暴力団員の買受けを防止するための規定を創設しました。さらに、③子の引渡しを命ずる裁判の実効性を確保するとともに、子の心身に十分な配慮をするなどの観点から、子の引渡しの強制執行に関する規定を整備し、併せて、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律（いわゆる「ハーグ条約実施法」）の規定も、改正民事執行法の規定と平仄を合わせる形で見直しを行いました。加えて、改正民事執行法は、④差押禁止債権をめぐる規律と、⑤債権執行事件の終了をめぐる規律についても見直しを行いました。

この中で重要なのは最初の3つです。1つ目は、債務者の財産状況の調査制度の実効性を向上させるというものです。原告が勝訴判決を取得しても、債務者が支払ってくれないときは、強制執行を申し立てることになります。しかし、日本では、これまで債務者がどこにどのような財産を持っているのかを債権者が調査するための制度が整備されていませんでした。諸外国には、その場合に債権者が債務者の財産を探すための制度がありましたが、日本にはそれがありませんでした。そこで、今回の改正で、債権者が債務者の財産状況を調査するための制度が整備されたのです。具体的には、従来からあった財産開示制度を見直すとともに、債権者が、銀行や地方公共団体等の第三者から、債務者財産に関する情報を取得する制度等が作られました。

2番目は、いわゆる反社規制、暴力団規制の一環として、不動産競売における暴力団員の買受けを防止するための規定を整備したという点です。なぜこのような規定を置くに至ったのか。暴力団事務所の中に暴力団が競売や公売で取得したものが多く含まれているという調査結果が明らかになったことから、暴力団員が競売物件を買受けできないようにするための規定を創設したということです。

それから、3つ目は、子どもの引き渡しを命ずる裁判の実効性を確保するとともに、子の心身に十分な配慮をするという観点から、子の引き渡しの強制執行に関する規定を整備するとともに、併せて、ハーグ条約実施法、すなわち、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（ハーグ条約）の実施に関する法律の規定と、改正民事執行法の規定との平仄を合わせるために見直しを行ったということです。

このような大掛かりな法改正が準備されているということが分かりましたので、手続法学者の1人としては、その動向をきちんとフォローしておかないといけないと思います。法制審議会民事執行法部会が、今回の民事執行法改正に向けて審議を行っていた2017（平成29）年5月に、東京地裁（執行部）の元裁判官で、現在、早稲田大学法科大学

院教授をされている内田義厚先生と、弁護士で日本大学法学部教授である松嶋隆弘先生とともに、「改正民事執行法研究会」を組織し、論文集『改正民事執行法の論点と今後の課題』の刊行を目指して、改正民事執行法について共同研究を行うことにしました。もちろん3人ではメンバーが足りませんので、研究会には、民事執行法に造詣の深い、本年4月に本学に赴任していただくことになっている西川佳代教授（誠に残念なことに、西川教授は2024年1月25日に急逝された。紙面を借りてご冥福をお祈りしたい）、上智大学の安西明子教授、法政大学の杉本和土教授、北海道大学の山木戸勇一郎教授、そして名城大学の柳沢雄二教授に加わってもらいました。

改正民事執行法研究会では、法制審民事執行法部会における審議の内容・進捗状況を確認・フォローしつつ、本書において検討すべき項目を洗い出し、担当者（執筆者）を決め、数カ月おきに開催される検討会（研究会）に各担当者が用意した原稿を持ち寄り、そこでの議論を踏まえて各自の原稿を確定させて行くという作業を続けました。このようにして各執筆者が完成させた12本の論文を収めたのが、2020（令和2）年8月に勁草書房から刊行された中島弘雅＝内田義厚＝松嶋隆弘編『改正民事執行法の論点と今後の課題』です。私は全体の総論にあたる第1章「民事執行法の制定とその後の法改正の経緯」を担当しています。

他方、以上のような経緯で何年間も続けてきた改正民事執行法に関する研究成果を、この書物1冊だけで終わらせてしまうのは惜しいと思ったことに加え、令和元年改正民事執行法が、執行実務や法解釈に与える影響を様々な角度から解説する実務家向けの概説書も必要ではないかと考え、上記の論文集とは別に、中島弘雅＝松嶋隆弘編『実務からみる改正民事執行法』を刊行することにしました。執筆者としては、編者2人に加え、前記論文集でもご一緒した早稲田大学の内田義厚教授と法政大学の杉本和土教授にもご協力をいただいたほか、研究者としては、新たに南山大学の小原將照教授、実務家としては、渡邊涼介弁護士、山崎雄一郎弁護士、林康弘弁護士に執筆に加わっていただきました。この『実務からみる改正民事執行法』（ぎょうせい）は、2020（令和2）年11月に刊行されました。

また、私は、2010（平成22）年1月に、神戸大学の中西正、八田卓也の両教授と共著で、有斐閣のリーガル・クエストシリーズの1冊として『民事執行・民事保全法』という本を刊行しましたが、同書も、令和元年民事執行法改正を受けて改訂が必要になったため、以上の研究成果を踏まえて改訂作業を行い、『民事執行・民事保全法〔第2版〕』を2021（令和3）年4月に刊行しました。なお、第2版から、新たな執筆者として、神

戸大学（今春から京都大学）の青木哲教授にも加わってもらいました。

さらに、著名な東京高裁の元部総括判事で、退官後、中央大学法科大学院教授を務められた加藤新太郎先生の新稀祝賀論文集『民事裁判の法理と実践』（弘文堂、2020年）には、「債務者の財産情報取得手続の現状と課題——令和元年改正民事執行法の規律を踏まえて」と題する民事執行法の論文を寄稿しました。

なお、後でまた触れますが、私は、ここ10年来、韓国の民事手続法研究者と共同研究を行ってきましたが、その一環として、2022（令和4）年6月17日に、韓国の大法院で開催された韓国民事執行法学会および大法院主催の「〔韓国〕民事執行法制定20周年記念学術大会」に、早稲田大学の内田義厚教授とともに招待され、私は、「暗号資産をめぐる民事執行法上の問題点」と題する民事執行法に関する研究報告を行いました。このように、本学在職中、私はかなり集中して民事執行法に関する研究に従事してきたといえます。

#### IV 潮見佳男編『新注積民法（19）』の執筆と相続法改正に伴う改訂作業

次に、本学在職中、私が研究時間を一定程度取られた仕事として、有斐閣から刊行されている潮見佳男教授編集の『新注積民法（19）』（2019年）の「限定承認」に関する条文の注釈執筆とその改訂版〔第2版〕（2023年）の原稿執筆を挙げることができます。もっとも、なぜ民事手続法学者が注釈民法の原稿を執筆するのか、と不思議に思われる方もおられるかも知れません。しかし、実は、理由があります。

限定承認（民法922条以下）は、相続が行われた場合に、被相続人の相続財産と相続人の固有財産との混同を防止することにより、被相続人の債権者（相続債権者）・受遺者、相続人、相続人の債権者等の利害を保護・調整するという機能を持っています。しかし、限定承認は、基本的に、相続人の固有財産に対する相続債権者・受遺者の追及を遮断することによって、相続人ひいては相続人の債権者が被る不利益を防止しようとするものに過ぎず、利害関係人間の衡平を図りつつ相続財産の終局的な清算を行う手続としては必ずしも十分ではありません。同様に、民法の規定する財産分離（民法942条以下）も、相続財産と相続人の固有財産とを分離し、第1種財産分離の場合には相続債権者・受遺者に相続財産から、また、第2種財産分離の場合には相続人の債権者に相続人の固有財産から、それぞれ優先的に弁済を得させるものに過ぎず（民法942条・948条・950条）、相続財産の終局的な清算を行うものではありません。そこで、破産法

は、相続を機に、債務超過の相続財産を厳格な手続の下で終局的な清算を行うための手続として、「相続財産の破産」という制度を置いています。そのため、相続財産の破産は、民法上の限定承認や財産分離と重複して行われることが多く、様々な場面で相続財産破産と限定承認・財産分離との関係が問題になります。

私は、かねてより、この相続財産破産について多少研究をしていたので、『新注釈民法(19)』の編者である故・潮見佳男教授から、限定承認に関する注釈書の仕事が回ってきたのだらうと思います。しかし、関連する相続財産破産について多少研究の蓄積があるとはいえ、実際に注釈書の執筆に着手してみると、予想外に執筆に手間取りました。ただ、この注釈書の執筆に当たり、大変助かったのは、本学の図書館には、泉久雄先生の文庫があり、注釈民法(19)の執筆に必要な文献が容易に入手できたということです。この注釈書の原稿を書いたときに、本学に在職して本当に良かったと思いました。

いずれにしても、この注釈書の執筆には予想外に時間がかかってしまったため、最後は、原稿の最終締め切り期日との関係で、普段から親しくしている若い友人(法政大学の杉本和士教授)に、一部の条文の注釈を引き受けてもらい、やっとのことで注釈書の執筆を終えることができました。そして、本書初版は、2019(令和元)年10月に刊行されました。しかし、周知のように、2021(令和3)年4月に民法・不動産登記法の改正があり、相続法の規定も一部改正され、限定承認の部分についても改訂が必要になりました。加えて、本書の第2版に向けた編集会議において、潮見教授から、新しい項目として、「相続財産管理人等の訴訟上の地位」について解説を書いてほしいとのご依頼があったため、杉本和士教授と連絡を取りながら新稿目について原稿を執筆しました。潮見佳男編『新注釈民法(19)〔第2版〕』(有斐閣)は、2023(令和5)年8月に刊行されました。

## V 韓国の民事手続法研究者との共同研究

私は、先ほども触れたように、ここ10年来、韓国の民事手続法研究者と共同研究を行ってきました。日本学術振興会と韓国研究財団から研究資金の提供を受けて行った、日韓二国間学術交流事業としての「日本と韓国における民事手続法の展開に関する二国間史的考察」(代表:内田義厚教授〔早稲田大学〕・李鎬元教授〔延世大学])と題する共同研究その他がそれです。新型コロナウイルス感染期を除き、毎年、ソウルまたは東京

で研究大会を開催し、私も、個別報告やシンポジウムの司会等をしてきました。特に専修大学在職中の2022(令和4)年6月17日には、韓国・大法院で開催された、韓国民事執行法学会および大法院主催の「[韓国] 民事執行法制定20周年記念学術大会」において、「暗号資産をめぐる執行法上の問題点」と題する研究報告を行いました。この報告は、テーマも含め韓国側からの要請に基づくものですが、正直なところ、テーマがテーマだけに古稀間近の私にはとても荷の重い仕事でした。そのため、報告準備にはかなりの研究時間を取られました。しかも、私がこの報告をした2022(令和2)年6月頃というのは、韓国および日本両国においてまだ新型コロナウイルスの感染が収まっていなかったため、私自身は渡韓することができず、onlineでの報告となったのは、とても残念なことでした。

なお、そのときの報告原稿は、ハンゲルに翻訳されて、韓国の民事執行法学会の学会誌『民事執行法研究』18巻2号(2022年)に掲載されていますが、日本でも同様の問題が議論されるようになっていたので、日本の雑誌NBL1225号・1227号(2022年)にもこのときの報告原稿を論文として掲載してもらいました。

ちなみに、以前、最高検察庁で刑事法の立法に関与していた知り合いの検察官から、私のこの論文が、犯罪者の保有する暗号資産を没収するための刑事手続を創設する際に役に立ったと後で知らされました。

## VI 法律意見書の執筆

私は、30年位前から、実際に裁判所に係属している訴訟事件の代理人弁護士から、法律の解釈をめぐる激しい対立のある事件や、法律の解釈が必ずしも明確でなくて勝てるかどうか必ずしもはっきりしない難しい事件に関して、法律専門家としての意見書を書いてほしいという依頼を受け、裁判所に私の書いた意見書を提出するという機会に何回か恵まれました。外国の裁判所に意見書を提出したこともあります。本学在職中にも、そうした意見書の執筆依頼が何件かありました。この種の意見書を依頼してくるのは、大手の有名な法律事務所の弁護士である場合が多く、とても難しい法律問題について意見を求められる場合が殆どです。

そのような難問の一つに、暗号資産(かつては仮想通貨と呼ばれていました)「ビットコイン」の取引所を運営していた株式会社MTGOXの倒産事件に関連して書いた意見書があります。

MTGOXは、同社のコンピューターへの不正アクセスにより、同社の管理下にあったビットコイン等がごっそりなくなってしまうことがきっかけとなって、債務超過に陥り、2014(平成26)年4月に、東京地裁から破産手続開始決定を受けました。同社については、その後約3年半にわたり破産管財人の下で破産手続(清算手続)が進められていましたが、その間に、破産会社MTGOXの管理下にあったビットコイン等の暗号資産の価格が高騰し、MTGOX社が(当初の債務超過から)大幅な資産超過に転じてしまったことから、このまま破産手続が進められると、ビットコイン債権者としては、わずかな破産配当(ただし100%配当ではある)しか受けられないのに、2000億円近い金員がMTGOXの経営者の懐に入ってしまうおそれがあるとして、ビットコイン債権者の一部(外国人債権者)が、破産手続係属中のMTGOX社について(再建型の)民事再生手続の開始を申し立てるという事態が発生しました。

しかし、MTGOXの破産事件のように、破産債権の届出・調査の手続を何年も前に終え、破産債権等の存否や金額も既に確定し、破産管財人が破産会社の財産を換価して配当するという段階にまで破産手続が進行した破産会社について、果たして再生手続を開始できるのか、という点が大問題となり、私に、この問題に関する意見照会が、一部のビットコイン債権者(外国人債権者)の代理人弁護士からありました。これまで全く議論されたこともない難しい問題であり、正直、頭を抱える毎日でしたが、あれこれ思案しているうちに、確かに裁判所が再生手続開始決定をするに際しては、クリアすべき問題点は多々あるものの、理論的にクリアできないわけではないという結論に達したので、意見書を取りまとめ、前記代理人弁護士に提出しました。その後、裁判所で、私の意見書がどの程度考慮されたかは不明ですが、ただ、いずれにしても2018(平成30)年6月に、MTGOXについて再生手続開始決定がなされ、その後数年にわたり再生手続が行われました。そして、多少時間はかかったものの、2021(令和3)年10月末に、同社の再生計画が無事に再生裁判所によって認可されるに至りました。

この意見書は、私がこれまで執筆した中で最も苦勞して書いた意見書でしたが、とても重要な解釈問題を扱っているため、多くの実務家の方から、いずれ意見書の内容を公表してほしいという要望が寄せられました。そこで、事件の熱り(ほとぼり)が醒めた頃に、意見書の内容を論文に仕立て直して公表することにしました。有名な倒産弁護士である多比羅誠先生の喜寿記念論文集『倒産手続の課題と期待』(商事法務、2020年)に掲載してもらった私の論文「破産債権確定後の破産会社に対する再生手続開始決定の可否——ビットコイン取引所MTGOXの倒産事件を素材として」がそれです。

また、MTGOXの倒産事件に関しては、この意見書とは別に、もう1件、別の外国人債権者の代理人弁護士から執筆依頼を受けて書いた意見書があります。それは、次の点が問題となった事件です。前述のMTGOXの再生手続開始決定を受けて、ある外国人債権者（MTGOX社とライセンス契約を結んでいたライセンサー）が、改めて再生債権の届出をしたところ、MTGOXの〔再生〕管財人がその届出債権額を否認したため、再生債権の査定の上申立てがなされ、裁判所は、その外国人債権者の債権額を10億円強と査定しました。これを不服とする当該外国人債権者は、再生債権1兆7,000億円の内の300億円分について査定異議訴訟を提起する旨を明示した上で訴えを提起し、その後、異議訴訟の提訴期間経過後になって、残部の再生債権について追加請求をしたところ、この追加請求が可能かどうか争いになったという事件です。私は、この問題について、当該債権者による残部の追加請求は可能であるとの意見書を執筆し、依頼者の代理人弁護士に渡しました。この事件の顛末については、当事者間で和解ができそうだという話しを後日依頼者の代理人弁護士から聞きましたが、最終的にどうなったかは知りません。

この意見書で扱った論点は、一部請求後の残額請求の可否という民事訴訟法の論点がやや特殊な状況下で問題となったものですので、これについてもMTGOX社の再生計画認可決定が出て、事件が一段落したのを確認してから、論文に仕立て直し、北海道大学の民法の松久三四彦先生の古稀記念論文集『時効・民事法制度の新展開』（信山社、2022年）に、論文「再生債権査定異議訴訟における提訴期間経過後の残部請求の可否——MTGOXの再生事件における1つの論点」として掲載してもらいました。

以上の2つの意見書は、MTGOX社の倒産事件に関連して書いたものですが、このほかにも、ここ数年の間に、いくつか依頼を受けて意見書を執筆する機会がありました。そのうちの1つは、裁判所から来た調査嘱託に対する回答拒絶が不法行為になるかという点に関する意見書です。民事訴訟法186条は、裁判所が、必要な調査を行うために、官庁もしくは公署、外国の官庁もしくは公署、学校、商工会議所、取引所その他の団体に対して、情報の提供を求めると定めています。調査嘱託といいます。調査嘱託は、証拠資料の簡易かつ特殊な収集方法の1つです。ところが、裁判所が訴訟事件の処理のために必要と認めて、ある団体に調査嘱託をしたにもかかわらず、嘱託先の団体が回答を拒絶してくる場合があります。この場合に、調査嘱託の上申人である訴訟当事者が、嘱託先に対して不法行為に基づく損害賠償請求ができるかが問題となります。この問題について、調査嘱託を申し立てた当事者の代理人弁護士

から、意見書の執筆を依頼され、損害賠償請求は可能である旨の意見書を書きました。この意見書についても、その事件が終わった後に、論文として仕立て直し、春日偉知郎先生古稀祝賀論集『現代民事手続法の課題』（信山社、2019年）に、論文「調査囑託に対する回答拒絶と不法行為の成否」として掲載してもらいました。

さらに、以上の3件の意見書を執筆した後、私が書いた意見書として、破産法253条1項2号の悪意の意義ないし解釈に関するものがあります。次のような事件です。個人債務者が破産した場合、免責許可決定が確定すると、破産者は、破産債権の全部についてその責任を免れるというのが、原則です（破産法253条1項柱書）。しかし、破産法253条1項は、同時に、明文で免責の対象から外れる債権を列挙しており、その中に、2号所定の「破産者が悪意で加えた不法行為に基づく損害賠償請求権」があります。しかし、ここにいう「悪意」が何を意味するか、という点については、かねてより争いがあります。もし仮に、悪意の意義を非常にシビアに解釈し、たとえば、悪意の意義を、道徳的に非難すべき積極的な害意だと解すると、悪質な不法行為の加害者が破産をし、免責許可決定を受けると、その者は、容易に免責されてしまい、不法行為の被害者としては救済を受けられないという困った事態が生じます。

私に意見照会があったのは、ある会社の役員（後の破産者）が、会社に対して加えた不法行為による損害賠償請求権が、ここにいう「悪意で加えた不法行為による損害賠償請求権」に該当し、免責の対象となるか、という点についてです。会社としては、けしからん役員に対して民事訴訟を起こして、5,000万円を支払えという判決を得たのですが、いざ強制執行をかけようとしたところ、当該役員が免責許可決定を得た場合には、賠償しなくてよいのか、という問題です。

日本の現行破産法253条1項2号は、沿革的には、1898年アメリカ連邦倒産法にルーツを持つ規定であるため、当時のアメリカ連邦倒産法に関する文献（具体的にはF. B. GILBERT, COLLIER ON BANKRUPTCY (2nd ed. 1931))を神戸大学から本学図書館を通じて取り寄せ、母法であるアメリカ倒産法では、悪意がどのように解されているのかを調べるとともに、わが国の従来 of 裁判例が「悪意」の意義をどのように解してきたのかを丁寧に調べたところ、今回意見照会のあった本件役員に対する会社の損害賠償請求権については、不法行為加害者の「悪意」が認定できるという結論になりました。そこで、意見書を取りまとめ、依頼者の代理人弁護士に提出しました。すると、偶然のことながら、ちょうどその頃、破産法253条1項2号の「悪意」の意義が問題となった東京高決令和4年12月8日金判1670号36頁が現れたことから、雑誌『金融・商事判例』1670号

(2023年)に、この東京高裁決定を素材として、「破産法253条1項2号の『悪意』の判断基準——東京高決令和4・12・8本誌本号36頁」と題する解説を書くことになりました。

私の書いた意見書はこれ以外にもありますし、中には公表できないようなものもありますが、以上のように、意見書の執筆をきっかけにして、研究論文にまで発展するものも少なくありません。

## Ⅶ 担保法改正に関連する研究

以上お話しした研究は、現時点では既に終わってしまった過去の仕事ですが、これに対して、私が今も取り組んでいる現在進行中の研究として、法制審議会担保法部会(部会長=本学法科大学院の道垣内弘人教授)において進められている担保法改正に関連する研究を挙げることができます。

私は、実は10年以上も前から、いずれ日本でも担保法改正が問題となるであろうという予測の下に、将来、担保法の改正が議論されるようになったときに参考にしてもらえるような、担保法制に関する比較法研究を予めしておく必要があるのではないかと考え、2011(平成23)年に、そのための研究会(=ABL法制研究会)を立ち上げて、日本中の多くの担保法・倒産法の研究者と一緒に共同研究を行ってきました。その共同研究の成果を収めたのが、2015(平成27)年に商事法務から刊行してもらった、池田真朗=中島弘雅=森田修編『動産債権担保—比較法のマトリクス』という書籍です。ちなみに、ABL(Asset Based Lending)とは、債務者企業が、在庫商品などの動産を販売して売掛金に換え、これを振込先(金融機関)の預金口座から回収し、これを原資として再度仕入を行うという事業サイクルに着目をし、これを担保として捉えた「流動資産担保融資」のことです。この「流動資産担保融資」が、先進諸外国、特にアメリカ、フランス、ドイツ、イギリスでどのようになっているのかを詳細に比較・考察し、その研究成果を一書にまとめたのが前記『動産債権担保—比較法のマトリクス』です。この共同研究を遂行している過程で、2011(平成23)年秋の第28回金融法学会では、ABL法制研究会のメンバーである森田修教授(東京大学)、粟田口太郎弁護士と私がパネリストになって「ABLの現在・過去・未来——実務と比較法との対話」と題するシンポジウム(司会:池田真朗慶應義塾大学教授)も行いました(その内容については、金融法研究28号に収められている)。

このような経緯もあり、2019(令和元)年3月に、動産・債権等を目的とする担保の

立法に向けて、道垣内弘人教授を座長とする「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会」(担保法制研究会)が設置され、担保法改正に向けて議論が開始されて以来、そこでの議論の内容・進捗状況を私なりにトレースしていました。すると、ちょうどその頃に、東京弁護士会倒産法部の有志の弁護士が立ち上げた「担保法研究会」から私に参加のお誘いがあり、以後、金融実務に精通した弁護士、金融実務家、商社の実務家、倒産法・民法・会社法・民事執行法の各分野の研究者、倒産・執行実務に精通した元裁判官の方々とともに、担保法制の見直しの方向性に関する検討を行ってきました。その研究成果を取りまとめたのが、2021(令和3)年7月に刊行された、東京弁護士会倒産法部編『担保法と倒産・金融の実務と理論——担保法の検討課題』(別冊NBL178号、商事法務)です。私も、同書所収の「事業担保をめぐる課題」と題する座談会に参加し、参加者の皆さんと様々な議論を行ったほか、「イギリスのReceivershipとそれを支える諸制度」という論文も寄稿しています。

この論文は、同書の編集者からの要請を受けて、2020(令和2)年12月に刊行された専修ロージャーナル16号(野村秀敏教授退職記念号)所収の私の論文「イギリスの事業再生と Receivership の果たした役割」の一部に加筆をして再構成したものです。

また、今回の担保法改正に際して、金融庁等が中心となって導入が検討されている、「事業担保」ないし「事業成長担保」については、これらの論文とは別に、今般、「『事業担保構想』に関する覚書——イギリスの receivership 制度との比較から」と題する論文を執筆し、本(2024)年3月末刊行の、事業再生研究機構編『担保法改正と事業再生(事業再生研究叢書21)』(商事法務)という書物に寄稿しました。

私は、1997年秋から1998年秋にかけてOxford大学に留学したとき以来、イギリス(イングランドおよびウェールズ)の担保法や倒産法、事業再生法を研究してきました。今回導入が検討されている「事業担保」は、比較法的に見て、イギリス法系独特の担保である floating charge とその実行手続である receivership に示唆を受けた立法提案のように見えます。そこで、私は、floating charge や receivership がイギリスの事業再生局面で、どのように利用されてきたのか、また、現在、どのように利用されているのかを改めて調査してみようと思い、親しい研究者仲間と共に、昨夏、久しぶりに10日ほど渡英し、Oxfordの図書館で事業再生に関する文献を収集してきましたが、併せてLondonの法律事務所で、receivershipの運用状況について尋ねてみたところ、receivershipは既に過去の制度となっているとの回答でした。そのため、私としては、今更、わが国に母国イギリスにおいて既に時代遅れとなっている制度類似のものを導入す

る必要があるのか、大いに疑問に感じました。先に紹介した私の論文『『事業担保構想』に関する覚書——イギリスの receivership 制度との比較から』は、このことを明らかにしたものです。

また、担保法改正との関係では、以上の事業担保に関する研究とは別に、動産・債権担保と倒産をめぐる立法的課題のうち、特に議論の多い担保権実行の中止命令に関する立法課題について、求められて法律時報92巻11号(2022年)に、「動産・債権担保と倒産をめぐる立法的課題——担保実行に対する中止命令制度を中心に」という論文も書きました。ただ、枚数制限が厳しくて、十分に議論が展開できなかった点が悔やまれるところです。

担保法の改正作業はいよいよこれから大詰めを迎えますが、私も今しばらくは担保法の改正に付き合っていきたいと思っています。そして、担保法改正が実現した暁には、担保法改正が倒産法に及ぼす影響について研究をしていく必要があると考えています。

本日の報告の最初に、私が編集代表者の1人になっている『民法と倒産法の交錯：債権法改正の及ぼす影響』という研究書の紹介をしましたが、この本に関与した先生達からは、担保法改正が終わったら、『続・民法と倒産法の交錯』を刊行しようという声も上がっています。そうなれば、私も体力と知力が続く限り、それに付き合うことになるかも知れません。

## VIII おわりに

以上、専修大学在職中の6年間に、私が手掛けてきた主要な研究内容について、お話しさせていただきました。結局は、目の前に次から次へと現れる仕事をこなしていたら、6年間があつという間に過ぎてしまったというのが実感です。本日は、とりとめもない話に終始してしまいましたが、ご清聴ありがとうございました。(拍手)

### 【質疑応答】

質問者：民事執行法に関するご研究について教えていただきたいと思います。ここは、民法の担保物権法と密接に関係しているところです。民事執行法が改正されると、反社勢力は法の隙間について、また新たな手法を考えるというようなことを繰り返してやっていて、最高裁も次々に手を打って、抵当権に基づく明け渡しを認めるとか、あ

るいは、抵当権に基づく賃料債権の物上代位を認めるとか、画期的な大法廷判決を次々に出してきました。

お聞きしたいのは、最高裁レベルで一段落着いたと思われたのが平成17年の大法廷判決で、賃料債権の物上代位を認めたところで、今回の大きな議論っていうのは終わったように私には見えるのです。

伺いたいのは、それで実際に反社勢力の抵当権の執行妨害が収まったのかを教えてください。

中島：ありがとうございます。昔に比べれば、暴力団による執行妨害はだいぶ収まってきていると思います。何回かにわたる民事執行法の改正で、執行妨害に対処するために様々な保全処分の規定を整備するということが行われました。特に、競売不動産の占有者を次々と取り替えることで、保全処分の名宛人を特定できないようにして執行を妨害するといった事例に対して、債務者を特定しないで妨害行為を禁止する保全処分を発令できるようにするといった規定も設けられています。従って、現在では、執行妨害はかなり減っているのではないかと思います。

でも、暴力団事務所のなかに競売物件がかなり含まれているという調査結果を受けて、令和元年の民事執行法改正では、暴力団が競売物件を買い受けることを阻止するための規定を設けました。しかし、今回導入された規定で完全に暴力団が競売不動産を買い受けるのを防げるかという点、そんなに甘くはないと思います。立案担当者も同様の意見だと理解しています。

質問者：先生のバイタリティーあふれる研究活動というのはどういうところから来ているのか。また、非常に多くの業績を出されているので、昨今いろいろな業務もあってなかなか研究時間も取れない中で、先生はコンスタントに、本当に脱帽せざるを得ないほどの業績を出されておりますので、そういったものをどうやって出されているのか、若手に一つヒントのようなものをいただければと思い、質問させていただきました。

中島：難しい質問ですね。私はとても欲張りな性格なのだろうと思います。学問上、興味があるものについては、詳しく知りたいという要求が強いように思います。そのため、最近でこそ午後10時になったら寝ていますが、昔は寝る間も惜しんで、土日も関係なく、夜中まで仕事をしていました。月月火水木金金という言葉がありますが、そうした生活を60歳になる少し前までしていました。そうしたら、突然倒れてしまいました。そのため、以後、少しは身体のことを考えるようになりましたが、それまでは、

寝ている時以外はずっと物を考えているという生活をしていました。

いろいろ研究していると、多くの方が当たり前だと思っていることでも、どこかおかしいと思うことがよくあると思います。そうした問題に出会ったときに、通説・判例の立場や従来の常識的な解釈に対して、果敢に挑戦していくという作業がとても面白くて、それを若い時から今日までやってきたというような気がします。

ただ、私が、昔からそのような生活をしてきたのかというと、そうではありません。私が、そうした生活をするようになったきっかけは、28歳の時に、福永有利先生（当時・北海道大学教授）に出会ってからとってよいかと思います。福永先生は、残念なことに2015年5月7日に亡くなれましたが、私は、28歳の時に福永先生のご紹介で小樽商科大学に就職しました。

それまでの私の研究の仕方はというと、まだ私自身の論文の書き方が決まっていないうということもあって、取りあえず、研究テーマに関するドイツ語の文献を片っ端から読んで、ノートを作り、それを整理するというような研究をしていました。当時の研究テーマであるドイツの会社訴訟制度について、ドイツの文献を辞書を片手にただ読んで、制度の歴史を追っかけているだけというようなのんびりとした研究生活を送っていました。

そうした私に対し、研究者であることの意味、研究論文を書くことの意義、研究テーマの選定の仕方、法解釈学のあり方等について、改めて教えてくださったのが、福永有利先生でした。福永先生と出会ってから、私の研究スタイルが決まり、それがそのまま現在まで続いてきたように思います。

**質問者：**中島先生の会社訴訟に関する研究は、今後どうされるのでしょうか。これまでというより、むしろこれからというところのお話しをぜひ伺いできればと思います。

**中島：**会社訴訟は、若い時に手掛けた分野でして、大学を卒業してすぐに会社訴訟の研究を始めたのです。しかし、先ほども申し上げたように、最初は私自身の法解釈の方法論も決まっていないうものですから、取りあえず、ドイツ語の文献を片っ端から読んで、ノートを作るということをやっていました。しかし、北海道に行って福永先生に出会えて、法解釈の方向性が少し見えてきたことから、いくつかドイツ法をベースにした論文を書きました。特に思い出に残るのは、民商法雑誌99巻4号から6号（1989年）にかけて連載してもらった、私の事実上学界デビュー論文「株主総会決議訴訟の機能と訴えの利益（1）～（3・完）」です。この論文を書いていたのは、30歳頃だっ

たと思います。東京大学に国内留学したときに収集したドイツの文献を使って書き上げた、非常にボレーミッシュな論文ですが、私の見解は、当時、非常に危険な学説だといわれました。

どういう内容の論文かといいますと、株式会社が株主総会決議を行うときに、違法に決議を成立させてしまうということがあります。たとえば、会社役員を選任決議が違法に行われたという場合が典型例です。そこで、株主がその役員選任決議を争う訴訟を起こしていたところ、訴訟係属中に役員の任期が満了し当該役員が辞めてしまうという場合があります。この場合に、この訴訟における訴えの利益はなくなってしまうのが問題となります。この点については、役員の任期が満了した場合には、訴えの利益はなくなるというのが、従来の判例・通説の見解です。しかし、私は、そんなばかな話があるかと、思ったわけです。株主総会決議に違法性があるとして訴訟を適法に起こしているのに、当該役員の任期が来たら、訴えの利益がなくなったとして、訴えが不適法却下されるという判例・通説の見解に、私はどうしても納得できなくて、通説・判例を徹底的に批判する論文を書こうと思い立ちました。その方法として、私は、日本の株主総会決議を争う訴訟制度の母国であるドイツでは、この問題がどのように解されているのかを、この制度の起源にまで遡って明らかにすることに努めました。すると、ドイツでは、わが国とは異なり、19世紀末より今日に至るまで、株主総会決議の瑕疵を争う訴訟は、株主が会社に対して有する「法律および定款に従った業務運営を求める権利」に基づき、会社経営が適法になされるよう管理ないし確保することを目的として提起されるものであり、そしてまた、株主総会決議訴訟における訴えの利益についても、株主の有する会社経営の適法性確保についての利益といったものであると解されていることが分かりました。

わが国の株主総会決議の瑕疵を争う訴訟制度は、明治32(1899)年にドイツから移入されたものであり、その後も、ドイツにおける手続規律の変遷にほぼ準じる形で、わが国の規定の整備も行われてきました。こうした沿革を踏まえると、わが国の株主総会決議を争う訴訟のもつ本来の機能も、ドイツにおけると同様に、会社経営が適法に行われるよう管理ないし確保することにあり、そしてまた、同訴訟における訴えの利益についても、株主個人の財産権的な利益を超えた、株主の有する会社経営の適法性確保についての利益であると解するのが、株主総会決議の瑕疵を争う訴訟の本来の機能に最も適合した解釈であるとの結論に達しました(適法性確保説)。この見解によると、株主総会決議の瑕疵を争う訴訟が係属した後は、基本的に、当該決議に付着した

違法性が除去されない限り、当該決議を争う訴訟の訴えの利益は失われないと解すべきこととなります。

これが私の論文の結論ですが、このような解釈は、会社の経営者や経済界の側から見ると、とても危険な学説に見えたようです。株主総会決議がなされてから何年経っても株主総会決議が判決で否定されることがあり得るわけですから。しかし、比較的最近になって、最高裁令和2年9月3日第1小法廷判決(民集74卷6号1557頁)は、会社法所定の株主総会決議を争う訴訟に関する規定(会社法831条1項ほか)がほぼそのまま準用される中小企業等共同組合法に基づく事業協同組合に関してですが、事業協同組合の理事選出選挙取消訴訟に、後任理事又は監事を選出する後行選挙不存在確認訴訟が併合されている場合につき、特段の事情がない限り、先行選挙の取消しを求める訴えの利益は消滅しないとの判断を示すに至りました。この判決は、従来の判例・通説の立場から正当化することは難しく、むしろ私のような考え方を前提にしないと正当化できないのではないかと思います。このように、30年以上も前に書いた会社訴訟に関する論文が、再び学界で注目されるようになると、かつて書いた会社訴訟に関する研究論文を整理して論文集にまとめようかなという気持ちになっています。

**質問者：**今回のタイトルにもありますように、教育生活を振り返るということで、もしよろしければ、長きにわたる大学教員としての教育面で、何かアドバイスをいただければ幸いです。先生、いかがでしょうか。

**中島：**本日の報告には、本学における教育生活を振り返る部分が入っていませんでした。教育生活について触れるかどうか、実は、迷いました。私の専門は、民事訴訟法です。その中には、狭義の民事訴訟法(判決手続)のほか、民事執行法、民事保全法、倒産法などが含まれます。法学部の提供科目の中では、どちらかという法律実務家向けの科目といえます。

私自身は、20代の頃から45年近く大学で毎年のように民事訴訟法の講義をしてきましたが、実は、何とか自分自身で満足できる民事訴訟法や倒産法の授業ができるようになったのは、実は慶應ロースクールの教員になってからとあってよいと思います。ロースクールの学生というのは、司法試験の合格を目指しているわけですから、ロースクールの学生に講義の中でどのようなことを教えればよいかは、自ずと明らかです。司法試験科目である民事訴訟法や倒産法については、授業で、司法試験に合格できるだけの知識を身につけさせればよいわけです。特に私は司法試験委員を新旧合わせて、13年もやってきましたので、法科大学院の民事訴訟法や倒産法の講義の中で、どのあ

たりまで教えたらいかがという点については、いわば肌感覚で分かります。

これに対し、本学の法学部の私の民事訴訟法の受講生の多くは、司法試験とは無縁です。そうした司法試験を受けない受講生に、民事訴訟法の講義の中で何を教えたらいかがという点は、本学に来て以来、私にとっての毎年の課題でした。そして、この問題について、私自身は、最後まで、解答が見つかりませんでした。学部における民事訴訟法の講義がどうあるべきかという問題は、私にとって、今なお課題のままなのです。